

Milano, 26 marzo 2018

OGGETTO: ATTESTATO PUBBLICAZIONI

Con la presente si attesta che l'Avv. Ivan Libero Nocera ha pubblicato per la Rivista "*i Contratti*", edita da Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer con il codice ISSN 1123-5047, i seguenti contributi:

- "Invalidità del preliminare di vendita di un immobile abusivo ed esecuzione in forma specifica" (nota a Trib. Brindisi 12 ottobre 2010), in "*i Contratti*", n. 5/2011;
- "Mediazione unilaterale e rapporto di mandato: inquadramento strutturale ed ipotesi esegetiche" (nota a Trib. Brindisi 14 ottobre 2010), in "*i Contratti*", n. 8-9/2011;
- "Varianti operative della buona fede nella determinazione del compenso dell'avvocato" (nota a Trib. Brindisi 20 maggio 2011), in "*i Contratti*", n. 5/2012.

Cordiali saluti

Francesco CANTISANI
Senior Publishing Manager
Direzione Editoriale Area Legale
Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Contratto di prestazione d'opera

Varianti operative della buona fede nella determinazione del compenso dell'avvocato

TRIBUNALE DI BRINDISI, Sez. dist. Ostuni, 20 maggio 2011 - Giud. Natali - F. O. c. L. G.

Il giudizio sulle condizioni di ammissibilità e proponibilità delle richieste giudiziarie compete al professionista che ha il dovere di informare il cliente sulle ragioni giuridiche che possano ostare all'accoglimento della domanda, specie quando vengano in rilievo circostanze destinate a determinare una delibazione negativa, in rito, prima ancora che nel merito. È noto, infatti, come, il principio di buona fede oggettiva sia abitualmente assunto ad oggetto di un obbligo integrativo del contenuto stesso del contratto, la cui violazione concreta un inadempimento contrattuale. Nondimeno, essa può svolgere anche il diverso ruolo di criterio di valutazione della condotta delle parti per selezionare e sanzionare quelle modalità comportamentali che devono considerarsi estranee alla trama precettiva del regolamento contrattuale, oppure che costituiscano abuso del diritto di credito, esercitato nella fattispecie concreta.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sul compenso dell'avvocato, Cass., Sez. un., 24 luglio 2009, n. 17357, in <i>Giust. civ.</i> , 2010, 1944. Sulla liquidazione delle spese di lite, Cass., sez. un., 11 settembre 2007, n. 19014, in <i>Foro it.</i> , 2008, I, 1527. Sulla buona fede in senso integrativo, Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in questa <i>Rivista</i> , 2000, 911.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Fatto e diritto

Con atto di citazione in rinnovazione del 30 maggio 2005, l'Avv. F. O. chiamava in giudizio il G. L., per ottenere il pagamento della somma di Euro 23.773,08 a titolo di spese e competenze professionali per l'attività svolta in favore di questi, oltre alle spese e competenze del giudizio.

Si costituiva in giudizio il convenuto G. L., chiedendo il rigetto della domanda.

Ciò premesso, la domanda proposta dall'attore è fondata solo in parte qua.

Sul valore della controversia

Come noto, costituisce principio sancito dal regolamento, in materia di tariffe forensi, quello per cui nella liquidazione degli onorari a carico del cliente il valore della causa è determinata, a norma del codice di procedura civile, "avendo riguardo, nei giudizi per pagamento di somme o liquidazione di danni, alla somma attribuita alla parte vincitrice piuttosto che a quella domandata".

Ciò è, infatti, quanto prevede espressamente l'art. 6 del d.m. n. 585 del 1994, poi, sostituito dal D.M. 8 aprile 2004, n. 127, "Regolamento recante determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli av-

vocati per le prestazioni giudiziali, in materia civile, amministrativa, tributaria penale e stragiudiziali". Inoltre, con particolare riguardo alle ipotesi di risoluzione consensuale della controversia - sia che assumano le vesti di una conciliazione, sia che presentino i requisiti di una transazione - emerge la tendenza, da parte del diritto vivente, ad una valutazione equitativa della remunerazione spettante al professionista: Ciò al fine di ricondurre ad equità richieste che, in applicazione della norma di stretto diritto, risultino oggettivamente eccessive.

Come la Suprema Corte ha avuto modo di affermare (cfr. Cass. 3 febbraio 1973, n. 348), "quando si tratta di stabilire il compenso dell'avvocato in riferimento ad una lite conclusasi con transazione, poiché per la sussistenza delle reciproche concessioni ogni parte non è né vincitrice né perdente, ed a nulla rileva che il pagamento sia a carico del cliente o dell'avversario, il giudice dovrà fare riferimento agli ampi criteri valutativi di cui al secondo comma dell'art. 6 della legge 13 giugno 1942, n. 794" - norma che deve ritenersi implicitamente abrogata a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo unico l. 7 novembre 1957, n. 1051, che detta i criteri per la determinazione degli onorari e dal d.m. 5 ottobre 1994, n. 585, contenente disposizioni generali e tabelle di onorari -; ciò

al fine di “riconduurre a giustizia concreta l’ammontare dell’onorario”.

Non vi sono ragioni logico-giuridiche a che il suddetto principio, enucleato con riferimento ad una fattispecie transattiva, sia esteso anche alla conciliazione giudiziale, qual è quella verificatasi nel caso di specie.

Nondimeno, a giudizio di questo Giudice, appare preferibile il ricorso alla buona fede valutativa, nei termini che si avrà modo di esporre.

Ciò premesso, la controversia, posta a fondamento dell’attività professionale dell’Avv. F. O., si è conclusa con verbale di conciliazione giudiziale del 19 novembre 2004, in virtù del quale il convenuto accettava, dall’ente datore di lavoro (Azienda di Promozione Turistica), la somma di Euro 9.339,71.

Orbene, dai principi su espressi, dai quali emerge la volontà dell’ordinamento di riconoscere rilievo, sussistendo le condizioni di legge, al risultato effettivamente conseguito dal cliente, si desume la necessità, in sede di liquidazione degli onorari a carico del cliente, di tener conto dei vantaggi realmente conseguiti dal cliente.

Nel caso di specie, i vantaggi del G. L. si sono concretizzati nella percezione della somma di Euro 9.339,71.

Da ciò il carattere eccessivo della pretesa dell’attore.

Al riguardo, non è accoglibile la tesi del convenuto, secondo cui, l’attività, svolta dall’attore, in via propedeutica e strumentale a quella giudiziale, non sarebbe qualificabile come “stragiudiziale”. Ragione per cui non potrebbe essere ricompresa, nella richiesta di pagamento delle prestazioni professionali.

A contrario, si dovrebbe concludere che l’attività preliminare o preventiva all’instaurazione del giudizio, non dovrebbe essere remunerata, in nome di una generica strumentalità della prima al secondo, e così non è.

Parimenti, infondata - trattandosi di vicende giuridiche distinte, seppur collegate - è l’eccezione secondo cui, venendo in rilievo un unico giudizio di primo grado, con attività incidentali, non potrebbero essere richieste duplicazioni di voci, quali: Posizione ed archivio; Esame e studio della pratica; Studio controversia; Consultazioni, etc.

Sul ricorso cautelare e sul precetto

Quanto all’attività, più specificatamente giudiziale, dalla lettura del “Verbale di Accordo” del 15 luglio 2003, redatto davanti al Collegio di Conciliazione ex art. 66 D.Lgs. 165/2001, emerge che, lo stesso, era sottoposto alla “condizione sospensiva negativa” che “la spesa della stessa operazione non determinasse sfondamento di bilancio dell’ente”.

Ne consegue che - così come affermato dal giudice del ricorso ex art. 700 c.p.c. limitatamente a tal ultima vicenda - le attività poste in essere successivamente al “Verbale di accordo” (procedura di opposizione della formula esecutiva, ricorso ex art. 700 c.p.c., atto di precetto) erano da considerarsi improponibili e, dunque, non suscettibili di esercizio giudiziale.

Dunque, deve considerarsi contrario a buona fede oggettiva, la richiesta di integrale pagamento di diritti e ono-

rari relativi alle suddette attività, per quanto il convenuto possa aver assentito a tal ultime.

Infatti, il giudizio sulle condizioni di ammissibilità e proponibilità delle richieste giudiziarie compete al professionista che ha il dovere di informare il cliente sulle ragioni giuridiche che possano ostare all’accoglimento della domanda, specie quando vengano in rilievo circostanze destinate a determinare una deliberazione negativa, in rito, prima ancora che nel merito.

È noto, infatti, come, il principio di buona fede oggettiva sia abitualmente assunto ad oggetto di un obbligo integrativo del contenuto stesso del contratto, la cui violazione concreta un inadempimento contrattuale.

Ne consegue l’applicazione dei rimedi previsti dall’ordinamento per reagire all’inosservanza del regolamento contrattuale (quindi, oltre che 1218 c.c., anche 1453 o 1460 c.c.).

Nondimeno, essa può svolgere anche il diverso ruolo di criterio di valutazione della condotta delle parti per selezionare e sanzionare quelle modalità comportamentali che devono considerarsi estranee alla trama precettiva del regolamento contrattuale, oppure che costituiscano abuso del diritto di credito, esercitato nella fattispecie concreta.

Al fine di ovviare a tali condotte, è utile il rimedio all’*exceptio doli generalis*, diretta a provocare la reiezione dell’altrui pretesa o eccezione che si manifesti doloso esercizio di un diritto, istituto oggetto di emersione in alcune fattispecie tipiche come quelle degli artt. 1993 e 2384 c.c. e oggetto di applicazione generalizzata.

La suddetta eccezione non è stata richiamata dal convenuto, anche perché non potevano dirsi ricorrere i suoi presupposti, la stessa richiedendo la prova della consapevole volontà del creditore di agire in danno del proprio debitore.

Nondimeno, il L. ha evidenziato l’improponibilità delle attività giudiziarie di cui l’attore richiede il pagamento.

Orbene, in virtù del principio *iura novit curia*, a questo Giudicante è possibile una valutazione secondo buona fede valutativa, quale principio giuridico immanente all’ordinamento e dotato di copertura costituzionale, con conseguente paralisi della pretesa attorea, almeno in parte qua.

D’altronde, i rimedi individuati dalla giurisprudenza contro il comportamento contrario a buona fede e, perciò, abusivo, sono sempre di tipo specifico (annullamento della delibera effetto dell’abuso del diritto di voto, risoluzione del contratto in buona fede, rigetto della pretesa del garantito nell’ipotesi del contratto autonomo di garanzia).

Orbene, l’ammissibilità di una paralisi totale della pretesa azionata, per effetto della contrarietà a buona fede, rende di per sé giustificabile una paralisi parziale della stessa, quando, come nel caso di specie, sia contrario a buona fede il concreto esercizio del diritto, sotto il profilo del *quantum*.

Ne consegue che la domanda attrice deve essere accolta nella minore misura di euro 4.714,48, pari ad euro 15,48 ed euro 3.699,00 a titolo, rispettivamente, di spese e di-

ritti per l'attività stragiudiziale svolta ed euro 1.000,00, a titolo di diritti e spese, per l'attività giudiziale espletata per conto del cliente, oltre IVA, CAP ed esborsi forfettizzati come per legge.

A tale somma devono essere aggiunti gli interessi, nella misura legale, dalla domanda.

Visto che, come emerso dal verbale del 21 aprile 2011, il convenuto aveva offerto, ai fini di una risoluzione bonaria della controversia euro 5.000,00 e che tale offerta è stata rinnovata in occasione dell'udienza, si ritiene equo compensare le spese del giudizio, nella misura di due terzi.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da F. O., nei confronti di L. G., così provvede:

1) accoglie, in parte qua, la domanda, e, per l'effetto, condanna il convenuto al pagamento in favore dell'attore di euro 4.714,48, pari ad euro 15,48 ed euro 3.699,00 a titolo, rispettivamente, di spese e diritti per l'attività stragiudiziale svolta ed euro 1.000,00, a titolo di diritti e spese, per l'attività giudiziale espletata per conto del cliente, oltre IVA, CAP ed esborsi forfettizzati come per legge, nonché interessi legali nella misura legale, dalla domanda;

2) compensa tra le parti, nei limiti di due terzi le spese di giudizio che liquida in complessivi € 3.300,00, di cui euro 180,00 per spese, euro 1.820,00 per diritti ed € 1.300,00 per onorario, oltre IVA, CAP ed esborsi forfettizzati come per legge, e che pone solo per un terzo, a carico del convenuto.

IL COMMENTO

di Ivan Libero Nocera

L'autore, dopo un'attenta ricostruzione delle possibili varianti operative della buona fede oggettiva, si sofferma sull'applicazione dell'istituto al contratto di prestazione d'opera intellettuale tra cliente e avvocato, esaminandone le potenzialità ai fini della determinazione del compenso, anche alla luce della recente abrogazione delle tariffe forensi.

Il fatto

La decisione in epigrafe ha per oggetto la rilevante questione del rinvio al principio di buona fede ai fini della determinazione di un prezzo "giusto"; problema che, a sua volta, verte in senso ampio sul rapporto tra parti contraenti e ruolo del giudice, e che si iscrive nella più lata relazione tra autonomia ed eteronomia.

La fattispecie al centro della controversia attiene alla determinazione del compenso di un avvocato, il quale domandava al proprio cliente il pagamento dell'onorario professionale relativo ad una lite conclusa con verbale di conciliazione giudiziale.

La questione della determinazione del compenso dell'avvocato appare ancora più attuale in seguito al recente intervento ad opera del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modif. dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. "Decreto liberalizzazioni") (1) che, abrogando le tariffe professionali, elimina la possibilità per il giudice di avvalersi del riferimento offerto da queste, nella determinazione dei compensi spettanti al professionista, qualora non sia stato altrimenti convenuto fra le parti (2). Come si vedrà in seguito, all'abrogazione di tale parametro non corrisponde, tuttavia, un ampliamento del potere giudiziale, poiché, allorché il compenso non possa essere determi-

nato secondo gli usi, come afferma l'art. 2233 c.c., il giudice non potrà decidere secondo equità, bensì dovrà avere riguardo a criteri di fonte ministeriale.

Il contratto di prestazione d'opera intellettuale tra cliente e avvocato

Occorre in via preliminare rammentare la collocazione della professione forense nella categoria delle professioni c.d. chiuse o protette, contraddistinte dalla previsione di un albo alla cui iscrizione è subordinato l'esercizio della professione, e inoltre dalla presenza di limitazioni relative all'accesso e all'assoggettamento all'ordine professionale di appartenenza.

La prestazione cui è obbligato l'avvocato in base all'incarico conferitogli dal cliente si iscrive nell'am-

Note:

(1) V. il testo coordinato con la legge di conversione in *G.U.* 24 marzo 2012, n. 71, Suppl. ord. n. 53.

(2) Si vedano in merito *ex multis* le osservazioni di Carriero, *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 212; Alpa, *Le tariffe forensi*, in *Economia e diritto del terziario*, 2006, 3; Amadio, *Tariffe & avvocati*, in *Iustitia*, 2007, 445; Bruno, *Le nuove tariffe forensi*, in *Cass. pen.*, 2004, 42; Balzaretto, *Le nuove tariffe forensi nella radicata crisi economica del dopo euro*, in *Lav. e prev. Oggi*, 2004, 988; Scarselli, *Le tariffe forensi (punti fermi e prospettive)*, in *Foro it.*, 2003, 3010.

bito delle prestazioni d'opera intellettuale disciplinato dagli artt. 2229 ss. c.c. Si tratta di quelle specifiche attività, a carattere stabile, continuativo o occasionale, in cui la prestazione è caratterizzata dall'uso preminente delle facoltà intellettive: di conseguenza il prestatore d'opera risulta qualificato soggettivamente per una particolare preparazione tecnica. Oltre ai caratteri della tecnicità e della intellettualità, il rapporto fiduciario instaurato tra le parti comporta che la prestazione effettuata dal professionista intellettuale sia segnata altresì dall'elemento della discrezionalità - ovvero della facoltà di scelta del professionista circa il comportamento e i mezzi tecnici da adottare nell'esercizio della professione - e dalla personalità della prestazione.

In particolare, colui che esercita la professione forense svolge la propria attività in esecuzione di un negozio definito anche "contratto di patrocinio o di clientela", stipulato con il cliente al momento del conferimento dell'incarico, che può avere ad oggetto singoli o più affari, ovvero la soluzione di problemi legali che possano presentarsi nell'attività del cliente (3).

Gli avvocati sono configurati tradizionalmente come collaboratori del giudice nell'amministrazione della giustizia, assumendo il non facile compito di effettuare un'utile opera di intermediazione fra gli organi giudicanti e il cittadino che pretende tutela, in modo da perseguire il fine di un efficiente funzionamento della giustizia. Il difensore svolge dunque un servizio di pubblica necessità (4), concorrendo alla realizzazione delle finalità di Giustizia nel processo. Dall'intrinseca connessione dell'attività forense con esigenze d'interesse primario, sia del singolo che della collettività, discende una maggiore incisività dell'obbligo di lealtà, specificazione del più ampio dovere di correttezza nei confronti del cliente.

Il principio generale di buona fede, di cui la correttezza è espressione, affiora in più punti della sentenza *de qua*, unitamente all'equità, suo complemento (5), entrambe collocate tra i principi generali dell'ordinamento giuridico (6). Esse costituiscono strumenti idonei ad incidere sulla singola situazione giuridica assurgendo a clausole generali, ovvero a concetti-valvola che si pongono quali principi normativi regolatori della relazione contrattuale (7). Si ricorda che tra gli elementi che caratterizzano la clausola generale vi è, oltre al nesso del precetto con valori da realizzare, l'assenza nella formula normativa di una fattispecie analitica che permetta l'operazione ermeneutica di tipo sillogistico. Le clausole generali pertanto sono ricondotte a concetti giuridici dal contenuto indeterminato che necessita di essere specifica-

to dal giudice e applicato - filtrato dal necessario apporto valutativo dell'interprete - al caso concreto.

Occorre specificare come si assista sovente ad uno slittamento terminologico tra i vari significati della buona fede in quanto questa assume sia il ruolo di principio, ovvero di direttrice generale di correttezza, sia quello appunto di clausola che demanda al giudice l'individuazione della regola applicabile alla fattispecie concreta (8).

Peraltro giova ricordare come la riflessione sulla buona fede, lungi dal rimanere circoscritta in ambito nazionale, ha manifestato una profonda vocazione espansiva "contaminando" i più avanzati testi di *soft law* e assumendo rilevanza, sebbene in maniera polisensu, in pressoché tutti gli ordinamenti europei quale vettore del principio di uguaglianza sostanziale, fonte di un diritto contrattuale di tipo conflittuale e solidale (9).

Note:

(3) Benché non costituisca una pubblica funzione, l'attività dell'avvocato gode di una peculiare rilevanza pubblicistica, come peraltro appare dalla legge professionale di cui al r.d.l. n. 157 del 1933, dove all'art. 12 si prescrive il dovere di «adempiere al ministero affidato con dignità e decoro, come si conviene all'altezza delle funzioni che l'avvocato è chiamato ad esercitare nell'amministrazione della giustizia».

(4) In tal senso si esprime Cass. pen., 28 aprile 2005, n. 22496, in *Riv. pen.*, 2006, 749.

(5) In merito si vedano le approfondite osservazioni di Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 539.

(6) Si veda in proposito Gallo, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della Carta costituzionale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, 441.

(7) Sulla rilevanza delle clausole generali si rinvia a Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411; Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. e dir.*, 2007, 411; Sassi, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed «europeo»*, in *Sedari (a cura di), Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, 237; Vallebona, *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2004, 1784; e meno recentemente Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1987, 709; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970. Sulle clausole come concetti-valvola si veda l'approfondita analisi di Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 211.

(8) In merito si vedano Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in questa *Rivista*, 2010, 252; Grondona, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 242; Id., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 733.

(9) Si veda in merito Somma, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo*, in *Pol. dir.*, 2004, 263, le cui riflessioni si rinvengono già in Barcellona, *I controlli della libertà contrattuale*, in Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 285.

La funzione integrativa della buona fede nel rapporto avvocato-cliente

In primo luogo, la decisione in epigrafe si sofferma sulla valutazione dell'*an debeatur* nei confronti della pretesa vantata dall'avvocato anche qualora la controversia si sia risolta in maniera consensuale, ovvero con una transazione o, come nella specie, con una conciliazione giudiziale.

In particolare, giova precisare che, ai fini dell'applicazione delle disposizioni della legge professionale forense, occorre qualificare come prestazioni giudiziali sia quelle attività consistenti in veri e propri atti processuali, sia quelle poste in essere al di fuori del processo, a condizione che siano intimamente dipendenti da un mandato relativo alla difesa e rappresentanza in giudizio. Di conseguenza, configura una prestazione giudiziale l'attività svolta dal difensore finalizzata alla stipula di un contratto di transazione extra-processuale ovvero alla conciliazione giudiziale, giacché risulta preordinata allo svolgimento di attività propriamente processuali o ad esse complementari (10).

Del resto, con peculiare riguardo agli atti di natura giudiziale, lo svolgimento dell'attività di rappresentanza tecnica del cliente che governa l'agire del difensore implica l'instaurazione di un rapporto giuridico nel quale si intersecano gli elementi del mandato e della prestazione d'opera professionale. Il contratto di prestazione d'opera intellettuale sopra richiamato deve essere dunque inteso in maniera unitaria, quale rapporto professionale dove il rilascio del mandato *ad litem* non costituisce una circostanza relativa unicamente alle esigenze processuali.

Infatti, valga ricordare in merito come la Cassazione in recenti decisioni a Sezioni Unite abbia già evidenziato che, nel caso in cui l'avvocato che presta assistenza giudiziale compia anche attività stragiudiziali, qualora quest'ultima sia connessa e complementare alla prima, il professionista ha diritto unicamente al compenso per l'assistenza giudiziale, eventualmente maggiorato sino al quadruplo (secondo l'art. 5, commi 2 e 3, della tariffa giudiziale), avendo riguardo alle questioni giuridiche trattate ed all'importanza della causa, tenuto conto dei vantaggi anche non patrimoniali conseguiti dal cliente (11).

Ferma restando la remunerazione dell'attività professionale preliminare o preventiva all'instaurazione del giudizio, occorre verificare la fondatezza della richiesta di pagamento del compenso a favore dell'avvocato riguardante l'attività giudiziale posta in essere dopo la conciliazione, benché considerata improponibile e insuscettibile di esercizio giudiziale.

Viene qui in rilievo una prima funzione della buona fede - sviluppata dalla Scuola dell'Esegesi e arricchita dalla dottrina tedesca - ovvero quella di costituire un obbligo integrativo del rapporto obbligatorio e, in particolare, di quello contrattuale, in quanto concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto grazie al suo valore cogente (12). La buona fede oggettiva ai sensi dell'art. 1175 c.c., infatti rappresenta un criterio generale di determinazione della prestazione in quanto amplia la sfera degli interessi che il debitore deve perseguire, gravando inoltre anche sul creditore, il quale è tenuto a cooperare con il debitore nell'adempimento dell'obbligazione.

Il contratto, dunque, si presenta come un fenomeno complesso e aperto, alla cui composizione partecipano sia la volontà delle parti, quali protagonisti principali, sia fonti esterne. Com'è noto, infatti, il negozio obbliga i contraenti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, gli usi e l'equità (13).

Del resto, già nell'impianto codicistico del 1942 si individuano sintomatici dati normativi mediante i quali si riconosce la possibilità di intervenire sull'assetto della pattuizione, allo scopo di procedere alla sua integrazione, per motivazioni di interesse pubblico che l'ordinamento reputa prevalenti rispetto alla composizione dell'accordo realizzata dalle parti contraenti. Un riferimento in tal senso si trae sia dall'art. 1374 c.c., sia dalle c.d. "clausole generali"

Note:

(10) Si veda in proposito Cass., 8 novembre 2002, n. 15718, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3058.

(11) Così Cass., sez. un., 24 luglio 2009, n. 17357, in *Giust. civ.*, 2010, 1944.

(12) Si veda in proposito *ex multis* Cass., 15 gennaio 2000, n. 426, in questa *Rivista*, 2000, 911, in materia di integrazione di buona fede del mandato di gestione di titoli azionari nell'esecuzione del mandatario; Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, 1732 relativa ai poteri del curatore fallimentare di richiedere alla banca la documentazione sui conti del fallito; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, *ivi*, 1995, I, 1296 in materia di limitazione dei poteri contrattuali che impediscono l'adeguamento del canone.

(13) In merito appare imprescindibile il riferimento a Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 33; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 402; di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, 1486; Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 83; And. D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, *ivi*, 1990, 702; Nanni, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988. Ma già Domat, ne *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, in *Oeuvres complete, nouv. ed.*, Parigi, 1835, 134, esprimeva il principio in base al quale «le convenzioni obbligano non soltanto a ciò che in esse è espresso, ma anche a tutto ciò che richiede la natura della convenzione, e a tutte le conseguenze che l'equità, la legge e gli usi conferiscono all'obbligazione che si è contratta».

che rappresentano modalità di esecuzione del contratto (14). In tal modo, l'ordinamento riconosce all'autorità giudiziaria la possibilità di intervenire sul contenuto del contratto a tutela della parte contrattuale che normativamente è destinataria di una maggiore protezione.

Attualizzazione della buona fede: dal quadro assiologico al caso concreto

In quanto canone generale di comportamento la buona fede impone al giudice il compito di definire la regola in base alla quale vagliare il comportamento tenuto in concreto, attingendo alle caratteristiche del settore economico in cui l'affare si svolge, alle circostanze oggettive connaturate al rapporto privatistico, e alla qualificazione soggettiva dei protagonisti del rapporto.

In merito, è acclarato che, nell'alveo di una concezione giuspositivistica del diritto benché non dogmatica, il giudice assolva a un ruolo costruttivo di primario rilievo (15). Del resto, nei sistemi giuridici contemporanei in particolare le clausole generali assurgono a strumenti di tecnica normativa funzionale alla soluzione di controversie (16).

La buona fede è dunque chiamata a farsi interprete di una sensibilità che promuove la libertà contrattuale sostanziale inverando sia i principi di trasparenza e del consenso consapevole e informato (17), sia la tutela della capacità di autodeterminazione, necessaria a consentire al contraente debole di scegliere in maniera efficiente i beni e i servizi offerti (18).

La correttezza, quindi, si presenta come regola integrativa residuale, idonea ad intervenire qualora il regolamento contrattuale (o la legge) non prevedano direttamente gli obblighi di condotta opportuni per una corretta esecuzione dell'operazione contrattuale, e al pari elastica. Essa infatti non ha un contenuto determinato a priori, bensì esige un'opera di adattamento con riferimento alle caratteristiche del caso concreto e agli interessi in gioco. Il contenuto del singolo rapporto obbligatorio è dunque arricchito, con l'estrapolazione di obblighi collaterali di cooperazione e di informazione, che consentono l'individuazione della *regula iuris* applicabile in concreto in modo da tutelare l'equilibrio del regolamento di interessi che le parti si sono proposte (19).

Vale precisare come non si tratti di determinare aprioristicamente nuovi doveri integrativi di protezione incidenti sulla statica del rapporto, indicando generici doveri di lealtà o di cooperazione reciproca, bensì di concretizzare ovvero di attualizzare la buona fede nello svolgimento effettivo del rapporto *hinc et inde*, in funzione delle esigenze singolarmente richieste.

Si supera dunque il rischio di una "solitudine" del giudice alle prese con la clausola generale di buona fede. Egli infatti, in assenza di criteri perspicui, si espone al pericolo di cadere nell'estro arbitrario, che produce un grave interventismo giudiziale dal quale potrebbero dedursi massime generali risolvibili nella negazione sostanziale del principio che si vuole affermare o, all'opposto, nella citazione meramente esornativa della buona fede stessa, la quale rappresenterebbe una mera forma-limite del potere giudiziale (20).

Note:

(14) Si veda in proposito ancora Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 195; A. D'Angelo, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004; Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205; Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia negoziale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 21; Romano, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, 1958, I, 168.

(15) Si vedano in proposito Meruzzi, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli negli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1369, e Semeghini, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010.

(16) Come peraltro ha osservato Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 89, le clausole generali andrebbero riferite unicamente «alla legislazione civile ed a quei settori che, con un significativo ritorno terminologico, vengono designati come diritto comune», mettendo in guardia contro i rischi ed i «gravi fraintendimenti» che sul piano interpretativo potrebbero derivare dal volere riferire le clausole generali a «materie quali la penalistica o la processuale».

(17) Sul tema della asimmetria informativa nel diritto contrattuale e l'equivalenza tra difesa del consumatore e tutela della sua libertà di preferenza si vedano le analisi De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; Gentili *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555; Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, in *Id.*, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2003, 139. Sull'idoneità di un'asimmetria distribuzione delle informazioni di causare effetti anche di grave alterazione del mercato si veda il fondamentale apporto di Akerlof, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics* (The MIT Press), LXXXIV, 1970, 488.

(18) Si vedano in merito le lucide osservazioni di Barcellona, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 66; e Di Giovanni, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998. Per il substrato economico si rinvia alle teorie neoclassiche espresse tra gli altri in Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e merc.*, 2000, 3.

(19) Giova ricordare come nel Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile*, I, 2, Torino, 1986, 596, si affermi che «ben possono ipotizzarsi "doveri di informazione" desunti dal criterio generale della correttezza, relativi a circostanze di fatto che pur non comportando invalidità del negozio, possono influire negativamente sull'assetto di interessi disciplinati dall'atto, pregiudicandone l'efficacia o mettendone comunque a repentaglio il conseguimento della funzione pratica».

(20) Tale insidia è esplicitata con riferimento all'annullamento della buona fede nell'anodina clausola della ragionevolezza che, non essendo supportata da un retroterra consolidato di riferimento, rischia di condurre ad un giudice *legibus solutus*, come osserva Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 555. (segue)

Tenuto fermo l'inevitabile ruolo interpretativo del giudice delle norme positive, non si cade infatti nell'arbitrio se il giudice adopera un criterio riconosciuto dalla legge assegnandogli contenuto concreto, individuando nella fattispecie il riflesso effettivo delle direttive ordinamentali (21).

Il giudice pertanto, considerando la dinamica del rapporto alla luce dell'art. 1375 c.c. a sua volta collocato nel contesto assiologico costituzionale, è chiamato a sindacare il *quomodo* del comportamento in concreto tenuto dalle parti, non già tratteggiando astratti doveri di avviso o informazione, ma operando una valutazione relativa alle modalità concrete di attuazione del rapporto obbligatorio alla luce delle esigenze specifiche e delle circostanze rilevanti *in casibus*.

Proprio a tale profilo della buona fede il giudice *de quo* si appella per sanzionare la condotta dell'avvocato che ha richiesto il pagamento integrale dei diritti e onorari nonostante la procedura di apposizione della formula esecutiva, il ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e l'atto di precetto fossero improponibili. Non può rilevare in proposito che il cliente abbia manifestato il suo consenso alle suddette attività in quanto il suddetto principio di buona fede, sostanzandosi nei doveri di lealtà e informazione, impone all'avvocato di rendere note al cliente le ragioni giuridiche che possano determinare un rigetto della domanda, *a fortiori* quando nella specie la delibazione negativa era prevedibile per questioni di mero rito.

Il profilo rimediabile per una "giusta tutela" del contraente debole

Assumendo tale significato della buona fede, ovvero quello di strumento di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti, si comprende come nella fattispecie oggetto della controversia in esame il cliente versi in una situazione di intrinseca debolezza. Particolare significatività assume dunque il passaggio in cui il giudice salentino si avvale della buona fede quale principio giuridico immanente all'ordinamento e dotato di copertura costituzionale. Ciò appare di non scarso momento, posto che, così argomentando, si conferma la possibilità di una valutazione della qualità del comportamento di determinati soggetti secondo il criterio orientativo di correttezza adattato alle circostanze concrete.

Focalizzando ora l'attenzione sul profilo rimediabile, la decisione in commento riconosce l'ammissibilità di rimedi di tipo specifico. Nel nuovo diritto delle invalidità contrattuali al paradigma astratto e monolitico che tradizionalmente circoscrive la sua attenzione alla "fattispecie" contrattuale, si sono affiancate forme di nullità testuali di protezione, ipotesi catalogabili come nul-

lità virtuali di protezione, ovvero fattispecie in cui la nullità opera anche in assenza di un'indicazione espressa (22). Rappresentano queste le c.d. "nullità di nuova specie" in cui oltre a prevedere la riserva di legittimazione solamente in capo al contraente protetto, si stabilisce la parzialità necessaria dell'invalidità (23).

In ambito domestico le conseguenze del mancato rispetto del principio di buona fede hanno suscitato un ampio dibattito cui hanno preso parte, per riprendere la scansione dei fattori normativi proposta da illuminata dottrina, sia il formante giurisprudenziale, sia quello legislativo, oltre a quello dottrinario (24).

Note:

(continua nota 20)

Si veda anche Sacco, *Purezza del consenso, elementi perfezionativi del contratto, effetti del negozio: i cento articoli delle leggi e la regola unica preterlegale*, in Cabella Pisu-Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli Anni Novanta*, Padova, 1998, 272.

(21) Illuminanti sul punto le riflessioni di Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 32, laddove afferma che «sembra, in tal modo, operarsi una purificazione con la valutazione della prova, che, com'è noto, la legge affida al «prudente apprezzamento» del giudice (art. 116 c.p.c.), ma che ha fini e caratteri essenzialmente diversi. Basta pensare che, mentre quest'ultima tende all'accertamento dei fatti, quella rappresenta, sempre e in ogni caso, una valutazione della rilevanza dei fatti stessi; è, perciò, in questo senso una valutazione *sub specie iuris*, anche se, a tale scopo, il giudice si serve di un criterio, che, nella norma positiva, è indicato soltanto genericamente e cui egli deve dare contenuto concreto, ma che non crea, rendendosi soltanto interprete, al pari di quanto fa quando determina il significato di ogni altra norma positiva».

(22) Cfr. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 152; Albanese, *Contratto. Mercato. Responsabilità*, Milano, 2008, 83. Appare evidente come nelle nuove previsioni di nullità, spesso di derivazione comunitaria, sia palese il riferimento al sistema rimediabile di *common law* che pone in posizione privilegiata rispetto al diritto soggettivo il rimedio considerato come risposta concreta dell'ordinamento davanti ad un bisogno di protezione in attuazione di una posizione che un soggetto ha rispetto ad un bene della vita, indipendentemente dalla sua formalizzazione in diritto soggettivo: la sussistenza del diritto dunque sarà subordinata alla disponibilità da parte del soggetto di un rimedio idoneo a far fronte ad un bisogno di tutela connesso ad un preciso interesse del soggetto medesimo. Si veda in merito Mazzamuto-Plaia, *I rimedi*, in Castronovo-Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *I rimedi e la tutela processuale*, XXXVI, Milano, 2008, 790.

(23) Su tale argomento si rinvia alle approfondite analisi del già citato D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 163; e Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*; Di Majo, *Nullità del contratto. Le nullità speciali, la nullità rimedio di protezione, le nullità da divieto*, in Di Majo-Ferri-Franzoni (a cura di), *L'invalidità del contratto*, Torino, 2002, 456; Gioia, *Vecchie intese e nuove nullità*, in *Giust. civ.*, 2000, 3; Vecchi, *Commento al comma 1 dell'art. 1519-octies*, in Garofano-Mannino-Moscatti-Vecchi (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003. In particolare si vedano le approfondite osservazioni di D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazione sulla nullità)*, in Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1; e Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.

(24) Si veda in merito a tale terminologia Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in Sacco (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1992, 43.

Tale dibattito, al quale si fa rinvio, ha visto emergere posizioni che identificavano una clausola di buona fede "tricefala" che assumerebbe sia la valenza di norma imperativa ai fini della declaratoria di nullità, sia veste di criterio valutativo della condotta, sia infine il ruolo di parametro valutativo *a posteriori* del regolamento negoziale a cui far seguire al pari la nullità (25). A monte di tale tentativo di superamento della distinzione tra regole di condotta e regole di responsabilità si colloca quel presunto "solidarismo contrattuale" che autorizzerebbe l'interprete a superare i limiti di rilevanza delle fattispecie invalidatorie e risarcitorie, dando la stura all'interventismo giudiziale sul contenuto del contratto (26).

In assenza di esplicita previsione del legislatore, il quale si limita all'indicazione di un obbligo di comportamento, ai fini dell'individuazione del rimedio più coerente rispetto al sistema e più efficiente per la soluzione socio-economica, l'interprete deve dunque analizzare la fattispecie indagando l'interesse in concreto perseguito dalla norma e la *ratio* dell'obbligo imposto, in modo da verificare la congruità tra il mezzo di tutela, le esigenze di protezione e la fattispecie nella sua dimensione funzionale (27).

Si ribadisce, quindi, che la nullità è rimedio volto a colpire quei casi in cui il contratto non combaci con il modello di perfezione funzionale e strutturale, ovvero risulti difforme rispetto a interessi ritenuti inderogabili dal legislatore. Conseguentemente la nullità virtuale opererebbe unicamente nel caso in cui ad essere antinomico con interessi considerati inderogabili dal legislatore sia una regola prevista dal contratto e non una condotta tenuta precedentemente o in occasione dell'esecuzione contrattuale. Tale comportamento sarebbe invece sanzionato con la nullità per contrarietà all'art. 1337 c.c. solamente se discendesse da una clausola negoziale (28). Si avvalorerebbe, dunque, la distinzione tra regole di validità e di comportamento quale espressione del principio di legalità che vieta di comminare giudizialmente la nullità del contratto in violazione di una clausola generale di comportamento (29).

Dall'esame di numerose fattispecie di nullità previste come rimedio alle condotte abusive nelle ipotesi di asimmetria di potere negoziale (30) si evince in maniera palese come la buona fede oggettiva non funga da criterio valutativo del comportamento del contraente "forte", vale a dire della sua situazione soggettiva, bensì da parametro di giudizio relazionale della singola regola contrattuale *ex art.* 1366 c.c., ovvero sia comprensiva di tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto, potendo riferirsi anche alle anomalie che non integrano i vizi del consenso.

Avendo riguardo alle circostanze concrete della fattispecie, la buona fede assume dunque la funzione del *corrigere*, presente già nel diritto pretorio romano (31), al fine di rettificare una significativa sperequazione genetica dei diritti e obblighi originati da un contratto, e perseguire l'obiettivo tendenziale di un mercato improntato ad una piena concorrenza (32).

Note:

(25) Sostengono la buona fede come metro capace di intaccare anche la legittimità dell'atto Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 670; Recinto, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 292; Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 27. Si veda sul tema in generale Scoditti, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1108; Gnani, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 435.

(26) Cfr. fra gli altri Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 543; Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*.

(27) In argomento si vedano le osservazioni di Roppo, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 89; Vettori, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2005, 11; Passagnoli, *Nullità speciali*, cit., 43; Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.

(28) Sul punto si invitano a leggere le illuminanti pagine di Bigliazzi Geri, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Aa. Vv.*, *Scritti in onore di Barillaro*, Milano, 1982, 135. Si vedano inoltre Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 206 e, più recentemente, Vettori, *Le asimmetrie formative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 246; Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 522; Perreca, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, 78.

(29) In argomento si veda Pagliantini, *Nullità virtuali di protezione?*, in questa *Rivista*, 2009, 1041; D'Amico, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, *ibidem*, 737.

(30) Esempi in tal senso sono costituiti dalle già menzionate norme sull'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. n. 19 del 1998), ovvero in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali tra imprenditori (art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002), in ipotesi di intese restrittive della concorrenza o abuso di posizione dominante (artt. 2 e 3 l. n. 287 del 1990) ovvero relative alle clausole vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 36 cod. cons. Per una visione sistematica delle suddette ipotesi si rinvia su tutti all'analisi di Mengozzi, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004, 102, e di Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 755.

(31) Celebre la definizione di Papinianio dell'"*aequitas constituta*" che per il celebre giurista è "*quod pretore introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*", riportata da Coviello, in *Dell'equità né contratti* (dagli *Studi Napoletani* del 15 e 31 dicembre 1865), Napoli, 1896, 5.

(32) Sulle funzioni della buona fede si veda Busnelli, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 537. La buona fede come indice per il sindacato sulla clausola contrattuale e non del contegno negoziale è rilevata, con riferimento all'art. 33 cod. consu-
(segue)

Come emerge dalle sentenze delle Sez. Un. nn. 26724 e 26725 del 2007, in accordo con la suddetta concezione della buona fede, la scelta del rimedio tra nullità (speciale) e risarcimento andrà operata secondo un criterio funzionale in modo da fornire la tutela più adeguata (33), raffrontando dinamicamente il risultato programmato dai contraenti e l'insieme delle condotte formative ed esecutive, con la finalità del precetto violato alla luce dell'interesse protetto (34).

Il criterio dei vantaggi realmente conseguiti e la buona fede correttiva

Correttamente dunque il giudice *de quo* non rigetta integralmente la domanda dell'avvocato ma incide sul *quantum* determinandone il compenso.

Non potendo rifarsi al valore effettivo della controversia, il giudice deve cercare altrove i criteri su cui poggiare la determinazione dell'onorario professionale. In assenza di una norma specifica è possibile tuttavia individuare talune indicazioni volte a considerare i vantaggi effettivamente conseguiti dal cliente, come del resto invita a tener conto l'art. 5 comma 3 l. n. 127 del 2004 sulle nuove tariffe forensi.

Del resto, una recente decisione a Sezioni Unite in merito all'ammontare della liquidazione delle spese del processo ha affermato che «le spese di lite vanno liquidate (...) in linea con il principio di adeguatezza e proporzionalità», secondo «una costante ed effettiva relazione tra la materia del dibattito processuale e l'entità degli onorari per l'attività professionale svolta» (35).

Pertanto, l'ingerenza nel regolamento contrattuale al fine di ristabilire la parità negoziale non risulta antitetica all'autonomia delle parti. Infatti, lo squilibrio tra i contraenti non rileva di per sé, ma necessita di ulteriori fattori che ne provino sia l'ingiustizia, quali l'abuso qui presente di una situazione di debolezza, tenuto conto della natura e dello scopo del contratto, sia l'eccessività, ovvero uno sbilanciamento irragionevole. Giova in proposito ricordare come parametrare l'intervento giudiziale sui vantaggi e svantaggi ingiusti realizzati dalle parti, come nella fattispecie - il cliente, infatti, a fronte della somma di circa 9 mila euro ricevuta in seguito alla conciliazione avrebbe dovuto corrispondere all'avvocato più di 23 mila euro - trova corrispondenza anche nei più avanzati testi di *soft law* europea.

Infatti, nei Principi *Unidroit* oltre a prevedere norme

l'art. 1469-bis c.c.), da Bigliazzi Geri, sub art. 1469 bis, in Bianca-Busnelli-Bigliazzi Geri (a cura di), *Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 798, e Busnelli, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, ivi, 766; Gentili, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in Rescigno (diretto da) *Trattato dei contratti*, II, Torino, 2006; *contra cfr.* D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 348; in relazione all'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002 da Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 79, e Zucchetti, sub art. 7, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 583. Con riferimento all'art. 9 l. n. 192 del 1998 sull'abuso di dipendenza economica, posto che la situazione di dipendenza debba evincersi anche da elementi diversi dalla mera accettazione di condizioni contrattuali inique, occorre precisare che vi sarà una tutela risarcitoria e non invalidatoria qualora la condotta abusiva non si concretizzi in termini oggettivi in una clausola contrattuale, comminando la nullità solo se lo squilibrio sia invece sostanziato in un regolamento negoziale: cfr. Barba, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in Cuffaro (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998, 341; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 236; Natali, *La subfornitura*, in Cassano (a cura di), *I nuovi contratti*, Milano, 2006, 207. Analoghe considerazioni relative all'attenzione ai termini oggettivi del negozio possono effettuarsi in caso di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza laddove la buona fede può svolgere un utile ruolo correttivo in relazione alla sorte dei contratti stipulati "a valle" (si veda in merito tra gli altri Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, cit., 523).

(33) A tal proposito si nota che il rimedio risarcitorio, il quale ha funzione "sostitutiva" dell'annullamento come sostiene D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 119, permette di adattare la tutela del contraente debole alla concreta dimensione del danno patito, potendo comprendere nella valutazione del pregiudizio anche l'eventuale concorso del comportamento colposo del danneggiato ovvero l'evitabilità del danno, come rimarcano Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107, e C. Scognamiglio, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599.

(34) Infatti le Sezioni unite, nella decisione n. 26725 del 19 dicembre 2007 - commentata *ex pluribus* da Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in questa *Rivista*, 2008, 231 e da Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, *ibidem*, 393 - hanno osservato che l'area delle «norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418 comma 1 c.c.) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo». In essa sono incluse anche «le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto». Aggiungendo che «pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista». Si veda in merito Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 260; e Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271; Id., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, 46; Id., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 249.

(35) Cass., sez. un., 11 settembre 2007, n. 19014, in *Foro it.*, 2008, I, 1527.

Note:

(continua nota 32)

mo (che riproduce essenzialmente la vecchia formulazione del-

ispirate alla c.d. *policy against unfairness*, volte a controllare e prevenire la mala fede dei contraenti (artt. 2.1.19 - 2.1.21 e 4.6), si rinviene all'art. 3.10 la menzione dell'invalidità in caso di *gross disparity* (36). In particolare il giudice è competente in presenza di un assetto economico squilibrato o di una scorretta distribuzione di diritti e obblighi tra le parti che provochi ingiustificatamente un vantaggio sproporzionato a favore di una parte (37).

Sulla stessa scia il parametro dell'*excessive benefit or grossly unfair advantage* previsto dall'art. II - 7:207 del recente *Draft of a Common Frame of Reference* (38) (che riproduce sostanzialmente l'art. 4:109 dei *Pecl* (39) da cui il *Draft* trae ispirazione), rappresenta una soluzione che si propone di reagire alle situazioni di ingiustizia concrete, rinviando pur sempre ad una valutazione superindividuale, attraverso la nozione di *unfair* che, sovente, indica l'ipotesi di abuso ovvero di un comportamento sostanzialmente scorretto, benché *prima facie* rispettoso delle regole (40).

Secondo tale testo, che si propone come disciplina comune europea delle obbligazioni e dei contratti, la sperequazione si realizza allorché siano presenti due fattori cui si deve riferire la verifica giudiziale dell'esercizio dell'autonomia contrattuale: la presenza di un abuso, ovvero dell'approfittamento di una condizione di minorazione conosciuta dal contraente forte (anche in tale fattispecie gli indici soggettivi, analoghi alla previsione degli *Unidroit*, appaiono generici), e la produzione di un beneficio eccessivo o di un vantaggio gravemente iniquo, avuto riguardo alla conoscenza della condizione di debolezza dell'altra parte, alle circostanze ed al contenuto del contratto.

La buona fede assume al contempo una funzione correttiva, laddove il sinallagma appaia *ab origine* squilibrato. In questo caso il giudice, su iniziativa bilaterale dei contraenti, è chiamato a seguire un criterio oggettivo dato dalla buona fede come fonte eteronoma, in modo quindi da plasmare il contenuto del contratto dopo aver preliminarmente verificato il carattere appropriato dell'offerta di riequilibrio. Tuttavia l'Autorità giudiziale può distaccarsi da tale offerta (a differenza di quanto accade nell'art. 1450 c.c.), seguendo il paradigma astratto rappresentato dai criteri ordinari di *good faith and fair dealing* (art. II - 7:207) (41).

In sede di commento alla disposizione dei *PECL* corrispondente (art. 4:109), ciò viene motivato puntualizzando che «il giudice deve modificare il contratto solo se tale è il rimedio appropriato nel caso concreto». D'altra parte, proprio in quest'ultima proposta, funzionale al processo di armonizzazione

europea del diritto contrattuale, si rintraccia, alle disposizioni di cui agli artt. 6:104 e 6:105 *PECL*, la regola per cui, quando nel contratto non è fissato il prezzo o il metodo per determinarlo, si considera che le parti abbiano convenuto un prezzo ragionevole, mentre se il prezzo che deve essere determinato da una parte si rivela manifestamente iniquo, deve essere adottato in sostituzione un prezzo equo.

Note:

(36) Sul punto si veda Volpe, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 55.

(37) Per i necessari approfondimenti cfr. su tutti Bonell, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995, 111; Pontiroli, *La protezione del contraente debole nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 568; Drobnič, *Protection of the Weaker Party*, in Bonel-Bonelli (a cura di) *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, 222; Alpa, *La protezione del contraente debole nei principi dell'Unidroit*, in *I contratti in generale (Aggiornamento 1991-1998)*, diretta da Alpa-Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1999, 19; Volpe, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, cit., 40; Corapi, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 23; Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 309; Castronovo, *Prefazione all'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, XXXVII.

(38) Si fa riferimento a Von Bar, Beale, Clive, Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Monaco, 2009. Per un'analisi puntuale si rinvia a Perfetti, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Dir. fall.*, 2009, 669; e Whittaker, *The "Draft Common Frame of Reference". An Assessment*, United Kingdom, 2008, disponibile su www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference_an_assessment.pdf; Common Core Evaluating Group, Antonioli-Florentini (a cura di), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2009. Si vedano anche Ajani-Ferreri-Graziadei, *Principi di diritto comunitario in materia di contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 279, e Breccia, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in questa *Rivista*, 2010, 95.

(39) Sui *Pecl* in generale si veda Alpa, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, II, 121.

(40) Nel precedente di *common law Ahern v. Knecht*, 563 N. E. 2d 787, 792 (Ill App. Ct. 1990), la Corte ritiene che «*factors relevant to finding contract unconscionable include gross disparity in the values exchanged or gross inequality in the bargaining positions of the parties together with terms unreasonably favorable to the stronger party*», citato da Barnhizer, *Inequality of Bargaining Power*, *U. Colo. L. Rev.*, 2005, LXXVI, 139.

(41) Tale dittico è definito nel commento all'art. I - 1:103 come uno «*standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question*» e indica la regola ed il principio oggettivi. I tre termini hanno la seguente valenza: *honesty* serve come paragone per gli atteggiamenti sanzionati; *openness* rappresenta il dovere di trasparenza, *consideration* la necessità di tenere conto dell'interesse altrui, ovvero non valutarlo meno del proprio.

Conclusioni: la determinazione del “giusto compenso” dopo l’abolizione delle tariffe

Si comprende e si giustifica dunque l'intervento del giudice nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra l'avvocato il cliente manifestamente squilibrato, censurando la condotta del difensore. Questa appare peraltro contraria anche all'art. 43 comma 3 del codice deontologico forense, che preclude all'avvocato la possibilità di richiedere compensi manifestamente sproporzionati all'attività svolta.

Infatti, buona fede ed equità, “due compagni di viaggio” (42), assolvono dunque a un ruolo di assoluto rilievo, ponendosi come parametro di equilibrio negoziale, avendo riguardo al concreto atteggiarsi della situazione e alla peculiarità della singola fattispecie, in sinergia con i valori materiali superiori, caratterizzanti l'ordinamento, i quali costituiscono la necessaria cornice di legittimazione (43).

La l. n. 27 del 2012, di conversione del d.l. n. 1 del 2012 (c.d. Decreto “liberalizzazioni”), ha contribuito a chiarire la problematica relativa all'abrogazione delle tariffe, avvenuto con l'ormai celebre art. 9 d.l. cit. Si è infatti precisato, al comma 3 dell'art. 9, che le tariffe professionali continuano ad applicarsi sino alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali che stabiliscono i parametri di riferimento per la liquidazione del compenso del professionista, e comunque non oltre centoventi giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Infatti, l'art. 9 sulle professioni regolamentate ha assegnato maggiore rilevanza al giudice, rendendo la determinazione del *quantum* dovuto dal cliente non più vincolata a minimi e massimi della tariffa, ma unicamente rispondente ad un criterio di adeguatezza rispetto all'importanza dell'opera (44).

È opportuno tuttavia concentrare l'attenzione su quanto stabilito dallo stesso legislatore qualora vi sia la liquidazione del compenso professionale da parte di un organo giurisdizionale. In proposito, si prescrive che il giudice dovrà riferirsi a parametri stabiliti con decreto ministeriale, i quali però, ai sensi del comma 2, non potranno essere utilizzati dall'avvocato in sede di accordo con il cliente, pena la nullità del contratto.

Si assiste dunque al curioso fenomeno per cui taluni criteri di giudizio predisposti dal Ministero vigilante, e suppostamente redatti secondo un canone di giustizia, non possono essere utilizzati dalle parti private nella loro autonomia negoziale. Risulta quindi obliterata la capacità del giudice di ricorrere a equità, come nella decisione qui in commento, in quanto l'Autorità giudiziale, ridotta ad un ruolo notarile,

potrà sì determinare l'ammontare degli onorari, ma senza poter individuare autonomamente i criteri alla base della determinazione equitativa, dovendo unicamente limitarsi ad applicare i parametri adottati dal ministro competente.

Nell'attesa del decreto ministeriale di definizione delle tariffe da applicarsi in caso di soccombenza e in mancanza di una disciplina transitoria pur allo studio del Ministero, una decisione ha ritenuto che lo *jus superveniens* abbia, di fatto, provocato la caducazione del criterio liquidatorio costituito dalle tariffe, indipendentemente dalla sussistenza di una controversia tra avvocato e cliente (45).

È possibile tuttavia individuare argomenti per non ritenere sussistente una *vacatio legis*. Infatti, si potrebbe applicare l'art. 2233 c.c., il quale prevede come criteri di riferimento residuali - in mancanza di indicazione in base alle tariffe e di decisione pattizia - gli usi e in via subordinata la determinazione giudiziale “in misura adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione”.

Di conseguenza, le tariffe abrogate potrebbero ancora dirigere la determinazione del compenso, qualora nell'attesa del decreto ministeriale fosse possibile ritenere ancora vincolanti, contribuendo alla formazione di un uso normativo fondato sulla spontanea applicazione dei criteri di liquidazione già stabiliti. Altrimenti il giudice potrà comunque liquidare il compenso in via di equità, essendo agevole supporre

Note:

(42) L'immagine plastica è usata da Busnelli, in *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., 539.

(43) Vettori, in *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 20 richiama infatti Pothier il quale in *Traité des Obligations. Tome premier*. Bruxelles, 1835, 26 afferma che «l'équité consiste dans l'égalité». Del resto imperante il codice del 1865 Finzi, *Manuale di diritto civile italiano*, Torino, 1933, 400, osservava come il principio di buona fede, precetto «insieme morale e giuridico» fosse «di importanza grandissima nella pratica» in quanto «permette al giudice di conciliare in molti casi le rigorose conseguenze giuridiche delle esigenze della buona fede e dell'equità».

(44) Inoltre il legislatore ha stabilito che il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico fornendo le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento, dell'incarico stesso, alla conclusione di quest'ultimo. In aggiunta a ciò il professionista è tenuto a fornire i dati della propria polizza assicurativa e qualora venga meno a quest'ultimo obbligo e a quello precedentemente indicato si rende responsabile di un illecito disciplinare.

(45) In tal senso Trib. Cosenza, 26 gennaio 2012, *inedita*, alla quale è seguita la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale, con ordinanza dello stesso Ufficio giudiziario del 1° febbraio 2012 in www.cassazione.net, ritenendo incostituzionale l'art. 9 soprattutto nella parte in cui, dopo aver abrogato le tariffe professionali, tace sulla liquidazione giudiziale dei compensi, per il periodo transitorio nelle more dell'approvazione delle nuove tariffe da parte del Ministero della Giustizia.

anche qui una sorta di sopravvivenza delle tariffe abrogate quale criterio equitativo per valutare l'adeguatezza dell'onorario ai sensi dell'art. 2233 c.c. Peraltro, il vuoto normativo in seguito all'abrogazione delle tariffe potrebbe essere scongiurato anche con l'applicazione delle disposizioni generali sul lavoro autonomo, e in particolar modo dell'art. 2225 c.c., il quale permette comunque al giudice di liquidare il compenso dell'avvocato facendo riferimento al risultato ottenuto dal professionista e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo. Si sottolinea che tale norma, come anche quella sopra richiamata di cui all'art. 2233 c.c., non consegna all'arbitraria discrezionalità del giudice la determinazione della liquidazione, in quanto i parametri oggettivi precisati escludono di fare ricorso ad un criterio equitativo in senso tecnico (46). Secondo tale ricostruzione, quindi, le tariffe già abrogate conserverebbero la loro funzione orientativa nella determinazione del compenso spettante al

difensore per la sua attività professionale. Del resto, la soluzione di abrogare le tariffe risponde a una mera scelta di politica del diritto e non all'inadeguatezza delle stesse nel costituire una giusta retribuzione del rappresentante legale per la prestazione profusa nell'esercizio del mandato.

Nota:

(46) In tal senso Trib. Varese, 3 febbraio 2012, in www.dirittoegiustizia.it; Trib. Verona, 1° febbraio 2012, in www.ilcaso.it. Entrambe tali decisioni osservano che il d.l. n. 1 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 27 del 2012 non ha abrogato l'art. 75 disp. att. c.p.c. secondo il quale «il difensore al momento del passaggio in decisione della causa deve unire al fascicolo di parte la nota delle spese, indicando in modo distinto e specifico gli onorari e le spese, con riferimento all'articolo della tariffa dal quale si desume ciascuna partita». Quindi si ritiene abrogato solamente il rinvio alla tariffa, e non anche la parte in cui stabilisce che il difensore presenti comunque la nota del suo compenso, indicando in modo distinto e specifico gli onorari e le spese. Il giudice dunque potrà fare riferimento, ove adeguata, alla liquidazione del compenso dell'avvocato proposta attraverso la nota spese.

RIVISTE

Il Diritto industriale

Bimestrale di dottrina e giurisprudenza sulle creazioni intellettuali e sulla concorrenza

Direzione scientifica: Giorgio Floridia

La Rivista propone un intervento sistematico sulle principali novità normative - nazionali e comunitarie - e giurisprudenziali in materia di **marchi, brevetti, concorrenza sleale, antitrust, pubblicità e diritto d'autore**.

Oltre alle **Opinioni** dei maggiori esperti del settore, la Rivista riporta i **commenti d'autore** alle principali decisioni delle autorità giurisdizionali nazionali e comunitarie, di legittimità e merito, ed ai provvedimenti dell'UAMI e dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

NOVITÀ 2010:

- nuova grafica della **copertina** e degli **interni**;
- l'innovativa impostazione del **sommario** per individuare più velocemente i contributi di interesse;
- la sezione **Itinerari della giurisprudenza**: rassegna ragionata degli orientamenti giurisprudenziali in essere sull'evoluzione giurisprudenziale di un singolo argomento di rilievo per i professionisti;
- la rubrica di **Pareri del professionista** in cui si esaminano casi di specie tratti dalla pratica della professione, a cura dei maggiori esperti del settore;

- La **Rassegna della Corte di Cassazione** che offre una selezione delle più importanti e recenti pronunce della Corte di cassazione, per avere un aggiornamento costante su tutte le novità giurisprudenziali in materia;
- la rinnovata struttura della **Rassegna del Giurì di autodisciplina pubblicitaria**: più agile, più ricca, più semplice da consultare;
- le **tabelle di sintesi** degli orientamenti giurisprudenziali per guidare nell'inquadramento della tematica trattata.

Il **servizio on-line**, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/il_lavoro_nella_giurisprudenza, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale: € 168,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>

